

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II

CLEIDE CALGARO

MÁRCIA RODRIGUES BERTOLDI

PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

C755

Constituição e democracia II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: Cleide Calgario; Márcia Rodrigues Bertoldi; Paulo Roberto Barbosa Ramos – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-583-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II

Apresentação

O Grupo de Trabalho Constituição e Democracia II foi realizado durante o XXVII Encontro Nacional do CONPEDI, ocorrido de 13 a 16 de julho de 2018 na Universidade Federal da Bahia, em Salvador/BA, reunindo pós-graduandos e professores de diversas instituições do Brasil, os quais apresentaram e submeteram à análise de seus pares trabalhos com temáticas voltadas ao Direito Público, com ênfase em Constituição, Democracia e Direitos humanos.

Especificamente, os trabalhos apresentados abordaram federalismo e direito à saúde; demandas sócio-políticas por reconhecimento dos direitos dos LGBTI; amparo constitucional do idoso; o instituto do referendo em perspectiva comparada; controle de constitucionalidade dos atos normativos frente à lei orgânica municipal; proteção ambiental; o novo constitucionalismo latino-americano; isenções tributárias; liberdade de informação jornalística; democracia e direitos humanos; o papel do STF e da democracia; ativismo judicial e democracia participativa, para citar alguns.

Todas as discussões travadas voltaram-se a uma profunda reflexão sobre o atual estágio de desenvolvimento do estado democrático de direito no Brasil, propondo sugestões para a garantia mais efetiva dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Em sendo assim, entendemos como importante a leitura dos trabalhos apresentados e agora disponibilizados em formato digital, na medida em que se constitui em mais uma ferramenta para compreender e avançar no nosso atual estágio democrático.

Profa. Dra. Márcia Rodrigues Bertoldi – UFPEL

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos – UFMA

Profa. Dra. Cleide Calgaro – UCS

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

DEMOCRACIA PARTICIPATIVA: A PROMESSA NÃO CUMPRIDA
PARTICIPATORY DEMOCRACY: THE UNFULFILLED PROMISE

Jânio Pereira da Cunha ¹
Jorge Cruz De Carvalho ²

Resumo

O presente artigo debruça-se sobre a democracia participativa no Brasil. Partindo da análise histórica e descritiva do objeto estudado, da sua regulamentação no ordenamento jurídico pátrio e do tímido uso dos mecanismos de participação popular na gestão da política nacional, investiga as razões que podem estar por trás dessa utilização parcimoniosa, notadamente quanto ao plebiscito e ao referendo. Após, com ênfase na prevalência do princípio democrático, adota-se postura normativa (prescritiva) sobre o tema, propondo-se uma releitura da forma como a matéria é compreendida e tratada.

Palavras-chave: Democracia, Participação popular, Plebiscito, Referendo, Efetividade

Abstract/Resumen/Résumé

This article focuses on representative democracy in Brazil. Based on a descriptive analysis, which notes the timid use of mechanisms of popular participation in political management, it investigates the reasons that may be behind this phenomenon and, after, emphasizing the prevalence of the democratic principle, adopts normative (prescriptive) stance on the subject, which implies re-reading of the way in which matter is understood and is currently regulated.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Democracy, Popular participation, Plebiscite, Referendum, Effectiveness

¹ Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Christus (Mestrado /Unichristus). Professor do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza (Unifor). Doutor em Direito Constitucional. E-mail: janiopcunha@hotmail.com

² Mestrando em Direito pelo Centro Universitário Christus-UNICHRISTUS. Especialista em Direito Constitucional pela UNISUL. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Juiz de Direito (CE). E-mail: jcc3pjm@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

Abaixo da superfície dos discursos inflamados sobre democracia, logo na camada seguinte, embora inaudita, talvez até ignorada pelo próprio falante, residem preconceitos e resistências contra esse regime de convivência tão decantado no decorrer dos séculos. As mesmas críticas apontadas pelos filósofos gregos subsistem na atualidade, embora poucos tenham a coragem de assumi-las, sobretudo diante do forte poder simbólico que o termo democracia adquiriu.

Em ultrapasse aos discursos, quando são analisadas as práticas democráticas, a incoerência entre aquilo que é dito e o que é praticado resta patente. É possível perceber nitidamente que a democracia representativa é refratária às manifestações de democracia participativa. Definitivamente, essa não é uma convivência tranquila, embora os mandatários tentem camuflar as tensões que permeiam essa relação.

A democracia é como um vetor que aponta para determinada direção. Embora nunca se chegue ao ponto ideal da democracia (e sequer se saiba ao certo qual seria ele), é possível perceber quando há um desvio de rota, em que o curso da navegação passa a seguir destino diferente daquele apontado pelo vetor. A história da humanidade prova que essa não é uma viagem linear, muito pelo contrário, no seu curso, os viajores desfrutam de avanços, mas carregam as marcas de inúmeras lutas e de evidentes retrocessos.

A realidade brasileira não é diferente. A baixa utilização dos mecanismos de participação popular e os discursos autorizados que visam a reduzir sua eficácia (inclusive lhe retirando força persuasiva em relação aos poderes constituídos) podem esconder premissas e interesses capazes de minar a própria democracia e de garantir a permanência de oligarquias partidárias no poder.

Entre os detratores da maior participação popular, estão aqueles que desnudam argumentos de natureza aristocrática sob o manto do discurso representativo. Eis algumas das hipóteses que aduzem: o povo não tem apreço por deliberar sobre questões relevantes para o País, prefere eleger representantes que o façam; é necessário manter o exercício do poder concentrado exclusivamente nos representantes eleitos, pois o povo é volúvel; a participação popular direta pode ensejar fadiga e desinteresse pela democracia; o povo é irresponsável por suas deliberações; o povo é presa fácil dos grupos de interesse e das corporações.

À vista da importância e da atualidade da questão democrática, neste trabalho, com arrimo em pesquisa bibliográfica e apresentação de dados empíricos, analisa-se a

democracia participativa no Brasil, refutando-se as principais críticas levantadas por seus opositores e propondo-se sua releitura à luz do princípio democrático, previsto no artigo 1º, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988, com ênfase para os institutos do plebiscito e do referendo.

2 A INSUFICIÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO

Para se compreender a experiência brasileira de democracia participativa, é necessário haurir elementos da história geral, além de componentes particulares da formação da República brasileira.

Ocupa o imaginário democrático moderno a imagem dos cidadãos gregos reunidos na *Ágora*, a discutir e deliberar sobre variados aspectos relativos à gestão das cidades-Estado, desde guerras externas e escolha (normalmente, por sorteio¹) dos indivíduos que seriam investidos nas magistraturas, até assuntos mais frugais da rotina administrativa.

Já nos seus primórdios (experiência grega do século V a.C.), porém, a democracia foi alvo de fogo cerrado por parte de alguns críticos. Essas críticas, na sua maior parte, podem identificar-se por um cerne comum, um núcleo de identidade a que todas se reduzem de certo modo, uma pecha que Platão já impingia ao novel regime: um governo de ineptos, de medíocres.

Como advertido no tópico introdutório, o curso histórico da democracia não tem sido linear, isento de sobressaltos, de espasmos e de recuos. Com efeito, a democracia direta ateniense não evoluiu gradualmente para um sistema de democracia representativa que hoje temos em grande parte do mundo. Aliás, o sistema representativo não deita raízes no berço dos regimes democráticos, antes adveio de regimes monárquicos e aristocráticos.

A esse respeito, ensina Robert A. Dahl (2012, p. 43):

Na prática, a representação não foi inventada pelos democratas, mas desenvolvida como uma instituição medieval de governo monárquico e aristocrático (ver, por exemplo, Mansfield 1968). Seus primórdios encontram-se, principalmente na Inglaterra e na Suécia, nas assembleias convocadas pelos

¹ A escolha por sorteio, além de pressupor a igualdade entre todos os cidadãos, era uma maneira de evitar a disputa, a divisão, tida como sinal de fragilidade do regime democrático. Para uma compreensão histórica da origem, sentido, desenvolvimento da técnica do sorteio no processo político, ver: SINTOMER (2010).

monarcas, ou às vezes pelos próprios nobres, para tratar de assuntos de Estado importantes: impostos, guerras, a sucessão do trono e assim por diante.

Dessume-se, pois, a ideia de que o sistema representativo já existia antes das revoluções liberais do século XVIII, porém, somente algum tempo depois veio a adquirir formato e conteúdo democráticos, apesar da resistência dos seguidores mais radicais de Rousseau, que, a despeito de dificuldades práticas óbvias, insistiam no restabelecimento de uma espécie de *ágora moderna*² como única forma possível de democracia.

Embora ordinariamente relacionada com a democracia, lembra Luís Felipe Miguel que “[...] há diferentes possibilidades de representação na política e muitas delas passam ao largo da democracia” (2014, p. 27).

A conquista do sufrágio universal, amplamente empregado em países reconhecidamente democráticos no plano internacional, não foi capaz de satisfazer todas as expectativas dos povos. Aliás, essa conquista, sobre a qual pesava um mundo de expectativas, não tardou a frustrar seus entusiastas.

Como explica Pierre Rosanvallon, a disputa de interesses entre os partidos, muitas das vezes contrários à noção de bem comum, levou à conclusão de que a democracia representativa, encarnada sobretudo no Parlamento, seria insuficiente e demandaria outras configurações de legitimidade que lhe fossem complementares. Sobre esse desencanto democrático, ensina o Historiador francês:

Por sua parte, o momento eleitoral continuou mobilizando as energias e expressando verdadeiras questões por resolver. Porém já não voltou a ser aquela festa calorosa da cidadania que havia traçado o primeiro horizonte do sufrágio universal. Durante todo esse período que transcorre entre 1890 e 1920, em que se amontoam as obras que auscultam a “crise da democracia”, a ideia de que o funcionamento do sistema eleitoral majoritário leva a expressar o interesse social foi perdendo toda credibilidade. O mundo eleitoral-parlamentar se mostrava governado pela lógica da particularidade mais do que por uma exigência de generalidade. (ROSANVALLON, 2009, p. 23)

De outra parte, apesar dessa constatação histórica, o sistema representativo e seus defensores mais radicais refutam a participação popular direta, levantando graves imprecisões contra a democracia participativa. Uma parte dessas críticas se origina da confusão entre democracia participativa e democracia direta, outra parte, da associação

² Provavelmente, o próprio Rousseau não acreditava ser possível uma democracia nos moldes atinentes aos tempos modernos, porém, era importante mantê-la como um “tipo ideal”, referencial por meio do qual seria possível aferir a maior ou menor democraticidade do regime.

dos institutos do plebiscito e do referendo ao seu mau uso, como dão conta registros históricos (BENEVIDES, 1998).

No tópico seguinte, será analisada a anêmica cultura da democracia participativa no Brasil, com abordagem e refutação das possíveis causas da resistência política e institucional à maior participação popular nas escolhas políticas.

3 PLEBISCITO E REFERENDO NO BRASIL

A história política e constitucional do Brasil evidencia o pouco apreço das elites políticas pela participação popular, que não deve ir além do voto universal, secreto e periódico. Ao povo cabe eleger os seus representantes. Além dessa linha, pouco ou quase nada lhe resta fazer. Obviamente, afirmações como essa não serão encontradas nos preâmbulos ou nos discursos inflamados em defesa da soberania popular, mas podem ser lidas nas entrelinhas dos textos legais e, sobretudo, na prática democrática nacional.

Como afirmou Almino Affonso (1997, p. 08),

Não temos tradição jurídica e política a recorrer para definir com clareza o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular, modalidades de exercício da soberania popular que, pela primeira vez – com essas dimensões inovadoras – se inscrevem na Constituição da República.

Curiosamente (mas não por acaso), o primeiro texto constitucional brasileiro a contemplar a democracia participativa foi a Constituição Federal de 1937, que trouxe o plebiscito em alguns dos seus dispositivos. Ocorre que, neste caso, o instituto foi utilizado nitidamente com o propósito específico de buscar legitimar um governo autoritário que, no mesmo ato, houvera dissolvido o Congresso Nacional³.

O uso retórico (ou simbólico) do plebiscito ficou bastante evidenciado na espécie, pois o constituinte autocrático, no artigo 187 da Carta, inseriu o seguinte teor: “Art 187 - Esta Constituição entrará em vigor na sua data e será submetida ao plebiscito nacional na forma regulada em decreto do Presidente da República.”

³ Eis o teor do artigo 178 da Carta constitucional de 1937: “Art. 178 - São dissolvidos nesta data a Câmara dos Deputados, o Senado Federal, as Assembléias Legislativas dos Estados e as Câmaras Municipais. As eleições ao Parlamento nacional serão marcadas pelo Presidente da República, depois de realizado o plebiscito a que se refere o art. 187.”

O plebiscito, condicionado a decreto do presidente da República e sem prazo definido para se realizar, jamais veio a lume, o que era previsível pelo contexto autoritário da época. Na verdade, foi editada a Lei Constitucional nº 09, de 28 de fevereiro de 1945, que fixou prazo para eleição do Parlamento, que ficaria incumbido de reformar a Constituição.

Em outro momento de crise institucional, a consulta popular foi (mais uma vez) lembrada. É a Emenda Constitucional nº 4, de 23 de janeiro de 1963, que previa o chamamento do povo a dizer sobre o sistema de governo: se permaneceria parlamentarista ou retornaria ao presidencialismo.

Na Constituição de 1967, assim como na Emenda Constitucional de 1969 (tida por muitos como uma nova Constituição), a consulta popular ficou limitada aos casos de criação de municípios.

A invocação do poder popular estritamente nos momentos de crise não passou despercebida à pena de Gilberto Bercovici, cuja observação, embora se refira à França do século XVIII, no período da revolução burguesa, aplica-se (*mutatis mutandis*) à realidade pátria ora descrita:

O debate revolucionário sobre soberania está ligado ao problema constituinte, com a contraposição entre soberania nacional e soberania popular. O poder do povo é reenviado apenas aos momentos excepcionais. Nas circunstâncias ordinárias, prevalecem os poderes constituídos. O povo surge rara e extraordinariamente, nos momentos fundadores e nas crises. (BERCOVICI, 2013, 135).

O emprego da consulta popular apenas em momentos críticos, normalmente por parte de regimes autoritários, como tentativa de restabelecer a normalidade institucional, é apontado por Maria Victória de Mesquita Benevides como uma das causas da resistência criada ao instituto, que terminou associado a situações de instabilidade e populismo:

Do ponto de vista político, o principal equívoco consiste em congelar, para a prática da democracia semidireta, a imagem histórica dos plebiscitos imperiais e ditatoriais. A crítica obscurece a realidade contemporânea de regimes democráticos com sistemas baseados na participação popular, como os Estados Unidos e países da Europa Ocidental. Assim, insiste na aproximação entre democracia direta e totalitarismo, quer na lembrança da Revolução Francesa e da experiência napoleônica, quer na crítica à Revolução Russa e à experiência dos soviets, chegando aos exemplos das ditaduras oriundas da Primeira Guerra Mundial (Itália, Alemanha) ou dos países latino-americanos (o Brasil do Estado Novo, o Chile de Pinochet). (BENEVIDES, 1998, p. 57-58).

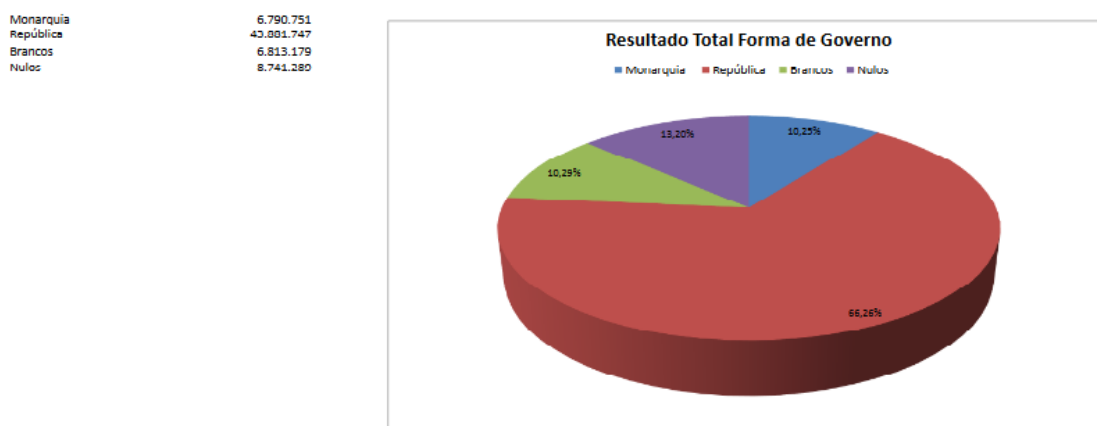
A Constituição Federal de 1988 trouxe o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular de lei como instrumentos de participação direta, expressamente reconhecendo o

povo como titular e exercente da soberania (art. 14, I, II e III). Ofereceu, ainda, a ação popular, mecanismo judicial igualmente reconhecido como expediente de participação do cidadão na gestão pública, precisamente para coibir atos lesivos ao patrimônio público⁴. O corte epistemológico deste trabalho impõe, contudo, que a análise se detenha apenas sobre os dois primeiros institutos.

Apesar da amplitude do Texto Constitucional vigente, o histórico nacional de democracia participativa, como visto, não é dos mais alvissareiros. Não fossem duas consultas populares realizadas em quase 30 anos de vigência da Constituição Federal, poder-se-ia dizer que a previsão do plebiscito e do referendo seriam meros ornamentos jurídicos⁵.

Quando chamado a participar, o povo compareceu às urnas, nas duas ocasiões, com significativa margem de adesão ao processo democrático. É o que demonstram os gráficos seguintes.

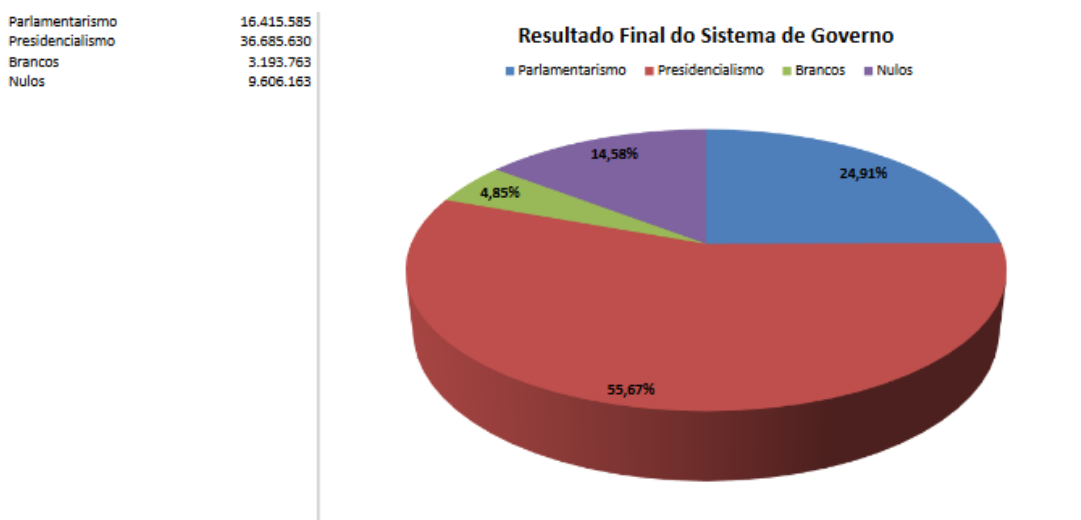
Gráfico do plebiscito de 1993, previsto no artigo 2º, *caput*, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias⁶, para decidir sobre forma e sistema de governo:



⁴ Art. 5º, inciso LXXIII da Constituição Federal.

⁵ Com relação à iniciativa popular, em razão da dificuldade de se conferir a identificação de todos os eleitores subscritores, o instituto jamais foi utilizado no Brasil como tal. Os projetos ditos de iniciativa popular (no plano nacional), foram na verdade “adotados” por algum parlamentar, que os apresentou como se de sua iniciativa fossem, o que não retira (por óbvio) o peso democrático da iniciativa. Com o intuito de facilitar o uso desse meio, adaptando-o à modernidade da rede mundial de computadores, há projeto de lei originário do Senado (PL 7005/2013), que prevê a admissão de assinaturas na modalidade eletrônica. Mais informações em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=604888>

⁶ Art. 2º. No dia 7 de setembro de 1993 o eleitorado definirá, através de plebiscito, a forma (república ou monarquia constitucional) e o sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo) que devem vigorar no País.



Fonte: TSE

Mais de 67 milhões de eleitores compareceram às urnas, com índice de abstenção de aproximadamente 25% (vinte e cinco por cento do eleitorado), percentual que pode ser encarado com naturalidade, considerando-se as dificuldades de comunicação e transporte da época. Basta dizer que, na última eleição presidencial (ocorrida em 2014), o índice de abstenção no segundo turno foi superior a 20% (vinte por cento).

No referendo realizado em 2005, previsto no artigo 35 da Lei nº 10. 826/2003, o povo brasileiro foi às urnas para negar vigência a dispositivo legal que proibiria o comércio de armas de fogo e munições no Território Nacional. O índice de abstenções foi de 21,85% (vinte e um inteiros e oitenta e cinco centésimos por cento), próximo do ocorrido no segundo turno da última eleição presidencial:

	Não	Sim	Em Branco	Nulos	Comparecimento	Abstenção
Brasil	59.109.265 (63,94%)	33.333.045 (36,06%)	1.329.207 (1,39%)	1.604.307 (1,68%)	95.375.824 (78,15%)	26.666.791 (21,85%)

Fonte: TSE.

Os demais referendos realizados no Brasil referem-se à divisão de entes componentes da Federação, que, por se revestirem de características muito próprias, ditadas por interesses locais (embora não menos relevantes) e, ainda, em razão do corte epistemológico ora adotado, não serão aqui analisados.

Os números apontados afastam, de plano, qualquer suspeita de que o povo brasileiro não se interessa pela participação direta, pois o percentual de abstenções não

guarda significativa diferença em relação ao processo eleitoral para escolha de representantes (democracia representativa).

Argumento tão interessante quanto falacioso, contrário à participação popular, consiste em afirmar que o povo tende a perder interesse pela política quando chamado a intervir diretamente e com frequência. Quer-se dizer, com tal hipótese, que o excesso de democracia pode “matar” a democracia.

Na defesa desse ponto de vista crítico relativo à participação popular, vem Norberto Bobbio (2004, p. 39):

O excesso de participação, produto do fenômeno que Dahrendorf chamou depreciativamente de cidadão total, pode ter como efeito a saciedade de política e o aumento da apatia eleitoral. O preço que se deve pagar pelo empenho de poucos é frequentemente a indiferença de muitos. Nada ameaça mais matar a democracia que o excesso de democracia.

A princípio, não há dados empíricos na realidade nacional que confirmem a tese, porquanto, como analisado, muito pouco se convocou o titular do poder soberano para decidir diretamente. Valendo-se, contudo, da experiência dos Estados Unidos da América, país que tem intensiva cultura de democracia participativa, malgrado a diferença histórico-cultural relativamente ao povo brasileiro, Maria Victória de Mesquita Benevides aduz fatos esclarecedores:

Pesquisas realizadas nos Estados Unidos sobre o que os cientistas políticos denominam *voter fatigue* revelam dados interessantes, pois não confirmam, em termos absolutos, a “saturação” dos eleitores. Acompanhando o comportamento do eleitor no Estado do Oregon (um dos Estados americanos com maior frequência de “legislação direta”), La Palombara e Hagan concluíram não apenas pela expressiva participação popular, como também verificaram que a participação aumentou, justamente, nas votações com grande número de questões. Em alguns casos, o comparecimento às urnas para votação em propostas superou o comparecimento às eleições de candidatos. (BENEVIDES, 1998, p. 97).

No caso brasileiro, é bem mais verossímil que a pouca utilização do plebiscito e do referendo decorra de outro fator, de resto bem mais óbvio: receio do Parlamento de possível esgarçamento do seu poder. Com efeito, é competência exclusiva do Congresso Nacional “autorizar referendo e convocar plebiscito”⁷, situação que cria um paradoxo lógico, pois submete o titular da soberania (delegante) ao seu delegado.

⁷ Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: (...) XV - autorizar referendo e convocar plebiscito;

Como afirma Maria Victória de Mesquita Benevides, “O principal argumento contra a democracia semidireta, do ponto de vista da “saúde” das instituições, aponta o enfraquecimento dos partidos políticos e o esvaziamento do poder legislativo” (Ibid., 1998, p. 69).

No mais, quase todos os riscos apontados contra a democracia participativa podem incidir (alguns até com maior intensidade) na democracia representativa – a saber, o risco de captura da vontade popular por grupos de interesses econômicos, religiosos, entre outros. Ora, a história recente do Brasil revelou a prática de *lobby* (na pior maneira possível) no âmbito das casas legislativas, sem qualquer transparência, com forte repercussão sobre o livre mercado e o orçamento público, o que denota a existência de uma vulnerabilidade do sistema representativo a esse tipo de ação antirrepublicana e, por vezes, criminosa.

Cooptar um número limitado de mandatários, inclusive com aliciamentos disfarçados de doação de campanha, é algo bem mais factível do que cooptar um eleitorado de milhões, ainda que se considere o poder exercido sobre estes pelos meios de comunicação social tradicionais, hoje mitigados pelo fenômeno global das redes sociais.

Por outro lado, a incapacidade e a falta de preparo do eleitorado para compreender questões de relevância para o País não passam de argumento claramente aristocrático, que muitos evitam utilizar publicamente. Por óbvio, o povo não será chamado a deliberar sobre aspectos estritamente técnicos, mas acerca das diretrizes políticas a serem adotadas, devidamente debatidas com suficiente antecedência ao plebiscito/referendo. A informação é um dos pontos centrais da democracia, seja ela representativa ou participativa, não se justificando o alijamento decisório sob o argumento de inaptidão popular para conhecer e decidir temas complexos.

Não se defende aqui a participação popular como substitutivo da democracia representativa, o que seria um despautério, sobretudo em um País enorme e com tamanha diversidade (econômica e cultural) como é o Brasil. A participação popular se presta a aprimorar a democracia, a aparar as arestas e corrigir vícios do sistema representativo, seja quando reduz o risco de se formarem oligarquias partidárias, seja quando amplia o debate e a margem da legitimidade das decisões sobre temas polêmicos e de difícil consenso, como, por exemplo, aborto e redução da maioria penal.

No tópico seguinte, será analisada a regulamentação do plebiscito e do referendo no Direito brasileiro, propondo-se uma releitura à luz do princípio democrático inserido na Constituição Federal de 1988 (artigo 1º, parágrafo único).

4 MECANISMOS DE PARTICIPAÇÃO POPULAR À LUZ DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO: PROPOSTA DE RELEITURA

A maneira de se interpretar textos legais foi objeto de profunda transformação no ciclo dos séculos, desde o positivismo exegético da era pós-revolução francesa, marcado pela expressão “juiz boca da lei”, até o momento atual, a que muitos se referem como pós-positivista. Se no século XIX os princípios constitucionais valiam menos do que conselhos para o aplicador do Direito, uma vez que destituídos de densidade normativa, hoje vive-se o oposto. Há juristas que já não falam em princípio da legalidade, mas em princípio da juridicidade, dada a ampliação do espectro normativo.

Apesar dos avanços hermenêuticos, com a chamada “constitucionalização do Direito”, é curioso notar que, paradoxalmente, perante algumas leis que se reportam a temas da maior relevância para a República, o intérprete ainda se apegava ao texto literal, dele extraíndo uma norma acanhada, lívida, anêmica, que nem de longe atende ao que preconiza a Constituição Federal. É como se houvesse voltado à antiga prática de interpretar a Constituição segundo as leis, não o contrário, como seria de esperar em um ordenamento marcado pela hierarquia normativa e pela rigidez constitucional.

Esse empobrecimento hermenêutico é bem retratado na seguinte passagem de Fábio Konder Comparato (2010, p. 253):

Um dos paradoxos mais salientes da história do direito é a influência negativa que um corpo bem-sucedido de normas exerce sobre a teoria jurídica. Diante dele, os juristas tendem a se tornar simples glosadores, e o pensamento jurídico reduz-se a pobres comentários, quando não a mera paráfrase do texto normativo.

É o que ocorre com a Lei nº 9.709/98, que disciplina os mecanismos de participação popular direta. A citada lei, que constitui objeto principal deste tópico, é exemplo vivo de que a interpretação constitucional do Direito é seletiva, e que textos legais potencialmente antidemocráticos (caso não interpretados conforme a Constituição), continuam a ser promulgados e aplicados de maneira literal e acrítica.

É bem verdade que constituir um mandatário eleito democraticamente não é o mesmo que firmar um contrato de mandato. O político eleito não está adstrito à vontade do seu eleitorado, às bandeiras empunhadas na campanha eleitoral, pois dele se exige que atue com certa dose de “generalidade negativa” (ROSANVALLON, 2009), ou seja, um certo grau de distanciamento dos interesses específicos, das particularidades, para que possa atender a demandas gerais. Ademais, o mandato não é impositivo, as propostas de campanha não o vinculam juridicamente.

Por outro lado, mesmo em decorrência dessas idiossincrasias do mandato político, não deixa de ser ilógico pensar que o mandatário, ao seu exclusivo alvedrio, poderá deixar de consultar o mandante, ou que mandante, mesmo quando consultado, poderá ter seus posicionamentos ignorados pelo mandatário. Repele a lógica democrática a ideia de acreditar que os eleitos poderiam impor tais restrições ao povo, titular da soberania.

Ocorre que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu a competência exclusiva do Congresso Nacional para “autorizar referendo e convocar plebiscito” (artigo 49, XV), sem oferecer ao povo (pelo menos de modo expresse) vias institucionais para provocar o uso desses institutos, ainda que basilares para o exercício direto do poder, como previsto no artigo 1º, parágrafo único da mesma Constituição.

Como ambas as normas retrocitadas são oriundas do poder constituinte originário, a aparente antinomia não pode ser resolvida pela inconstitucionalidade de qualquer delas. É possível e necessário harmonizar as disposições constitucionais, cuja contradição é meramente aparente.

Parece escorreito entender-se o fato de que o constituinte não obsteu a edição de lei que discipline a provocação, diretamente pelo povo, de referendo e de plebiscito (como se dá na iniciativa popular). É que a competência exclusiva” do Congresso Nacional, prevista no artigo 49, XV, se interpretada à luz do artigo 1º, parágrafo único, deve ficar restrita ao âmbito dos órgãos públicos autônomos, ou seja, apenas para excluir a competência dos órgãos dos outros Poderes.

O que se está a propor é uma interpretação sistemática e, sobretudo, teleológica da Constituição Federal, fugindo-se da atitude de mero glosador, conforme crítica há pouco formulada por Comparato. Segundo a interpretação ora proposta, a exclusividade do Congresso Nacional (para convocar plebiscito e autorizar referendo) seria oponível

apenas aos demais órgãos integrantes dos poderes constituídos⁸ da República, jamais contra o titular da soberania.

Esse não foi o entendimento perfilhado pela Lei nº 9.709/98, que, além de repetir a competência exclusiva do Congresso Nacional, sem qualquer abertura para provocação direta pelo titular do poder, ainda impôs quórum de 1/3 (um terço) dos membros de qualquer das casas parlamentares para iniciativa, mesmo quórum necessário para se propor emenda à Constituição e instaurar comissão parlamentar de inquérito. Não parece razoável a imposição desse quórum para iniciativa de decreto legislativo, salvo quando se parte da premissa equivocada de que a participação popular é algo temerário, arriscado para o País.

A exigência de iniciativa de 1/3 (um terço) dos membros de qualquer das casas para propor decreto legislativo do Congresso, que autorize referendo ou convoque plebiscito, além de criar restrição desnecessária à participação popular, frustra a possibilidade de a oposição levar a cabo a discussão da matéria, acentuando o desequilíbrio de poder no Parlamento.

Finalmente, ainda que obtido o número de assinaturas necessário à propositura do decreto legislativo, a sua tramitação foi submetida ao que dispuser o regimento do Congresso Nacional. Essa é a literalidade do artigo 12, da Lei nº 9.709/98: “Art. 12. A tramitação dos projetos de plebiscito e referendo obedecerá às normas do Regimento Comum do Congresso Nacional.”

Observa-se, portanto, inexistir qualquer garantia de que a proposta terá tratamento prioritário de tramitação, nem mesmo que, se aprovada a proposta e realizado o plebiscito, seu resultado será efetivamente considerado pelo Parlamento.

5 CONCLUSÃO

A captura do poder político por grupos partidários oligárquicos, que se perpetuam ao longo de décadas, atravessando seguidos mandatos eletivos, muitas vezes até transmitindo seu capital eleitoral para a descendência, fato bastante comum no Brasil, levou Paulo Bonavides (2001, p. 26) a indagar, com uma considerável carga de

⁸ A exclusividade do Congresso Nacional em relação aos demais órgãos dos outros poderes teria um fundamento racional, baseado na experiência histórica de autoritarismo que marcou, no Brasil do Estado Novo e em outros países as consultas populares feitas monocraticamente por ditadores, com o simples propósito de angariar ares de legitimidade para si.

indignação: “Quem é o povo e onde está o povo, nessa forma de organização em que o ente político é objeto e não sujeito, e se viu privado, pela extorsão política, da titularidade de suas faculdades soberanas? Ninguém sabe responder.”

Como ressaltado no início deste trabalho, o caminho da democracia não é retilíneo e isento de percalços. A indagação do Constitucionalista reforça a conclusão de que a democracia é um processo lento e difícil. Prova disso é que (mais de dois mil anos após a experiência democrática da Grécia) ainda se discute o elemento central desse regime político: o povo.

A crise de identidade do povo (ora sujeito, ora objeto), praticamente confinado no papel de (apenas) escolher seus representantes, constituiu a centralidade deste trabalho. A resistência legislativa à participação popular, assim como a interpretação literal de dispositivos legais e constitucionais, evidencia a subsistência de antigos preconceitos, reminiscência platônica segundo a qual “a democracia é uma constituição ruim, associada a esse tipo ruim de homem que, de mísera virtude e parca inteligência está sedento por aquilo que crê ser sua liberdade e a igualdade de todos.” (GOYARD-FABRE, 2003, p. 30).

Este artigo, por conseguinte, propõe um desafio à lógica antidemocrática que apequena o titular da soberania e constrói democracias de aparência, meramente formais, para camuflar aristocracias materiais ou formas modernas de “guardiania” (DAHL, 2012). Desnudada essa realidade institucional, cabe ao constitucionalismo contemporâneo propor a releitura das normas constitucionais e infraconstitucionais para conceder ao povo o poder que lhe pertence.

REFERÊNCIAS

AFFONSO, Almino. Democracia participativa: plebiscito e referendo. **Revista da FEFIARA – Federação das Faculdades Isoladas de Araraquara**, Araraquara/SP, nº 1, 1997.

BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. **A cidadania ativa: referendo, plebiscito e iniciativa popular**. 3. ed. São Paulo: Ática, 1998.

BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição:** Para Uma Crítica do Constitucionalismo. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia.** Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 9. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa:** por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. **Constituição Federal de 1937.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 07 de dezembro de 2017.

BRASIL. **Lei complementar nº 09, de 28 de fevereiro de 1945.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCT/LCT009.htm#art2. Acesso em: 07 de dezembro de 2017.

BRASIL. **Constituição Federal de 1967.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 08 de dezembro de 2017.

COMPARATO, Fábio Konder. **Rumo à justiça.** São Paulo: Saraiva, 2010.

DAHL, Robert A. **A democracia e seus críticos.** Tradução: Patrícia de Freitas. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** A genealogia filosófica de uma grande aventura humana. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MIGUEL, Luís Felipe. **Democracia e representação:** territórios em disputa. São Paulo: Editora Unesp, 2014.

SINTOMER, Yves. **O poder ao povo:** júris de cidadãos, sorteio e democracia participativa. Tradução de André Rubião. Belo Horizonte: UFMG, 2010.

ROSANVALLON, Pierre. **La legitimidad democrática**: imparcialidad, reflexividad, proximidad. Tradução: Heber Cardoso. Buenos Aires: Manantial, 2009.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Plebiscito de 1993**. Disponível em: <<http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/plebiscito-de-1993>>. Acesso em: 08 de dezembro de 2017.

_____. **Referendo de 2005**. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleitor-e-eleicoes/plebiscitos-e-referendos/referendo-2005/referendo-2005-1>>. Acesso em: 19 de março de 2018.